

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o.

ul. Hubalczyków 1, 76-200 Słupsk tel. 59 8460 800, faks 59 8460 805
e-mail: sekretariat@szpital.słupsk.pl www.szpital.słupsk.pl



JEDNOSTKA
SAMORZĄDU
WOJEWÓDZTWA
POMORSKIEGO



Słupsk, dnia 25.06.2021r.

Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa produktów farmaceutycznych” – sprawa nr 45/PN/2021

Na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej „Ustawa”) Zamawiający udostępnia treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

Pytanie nr 1:

Pytanie nr 1 – dotyczy Zadanie 6 poz. 1 Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w postaci sterylnego (sterylizacja radiacyjna), rozpuszczalnego w wodzie żelu, używanego do ułatwiania wprowadzania cewników oraz innych urządzeń medycznych podczas zabiegów dotyczących cewki moczowej jak np. cewnikowanie, endoskopia czy cystoskopia oraz do zabiegów odbytniczych i okrężniczych jako żel lubrykacyjny.

100 g żelu zawiera:

- Wodę destylowaną
- Glikol propylenowy, hydroksyetylocelulozę
- 2g chlorowoderek lidokainy
- 0.250g glukonian chloroheksydyny (stężenie 20%)
- 0.060g hydroksybenzoat metylu
- 0.025g hydroksybenzoat propylu

Produkt pakowany w bezlateksowych i wygodnych ampułkostrzykawkach z podziałką o pojemności 11ml (11g)?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 2:

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku, gdy oferowany przedmiot zamówienia (wyrób medyczny) nie wymaga zezwolenia na prowadzenie hurtowni farmaceutycznej, składu celnego, składu konsygnacyjnego lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, Zamawiający uzna za spełnienie warunku posiadania uprawnień złożenie oświadczenia, że ustawy nie nakładają obowiązku posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie obejmującym przedmiot zamówienia.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 3:

Mając na uwadze interes Zamawiającego, który wyraża się tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania oraz w trosce o dobro pacjentów, aby proces leczenia odbywał się z użyciem preparatów, które zostały z należytą starannością wyspecyfikowane przez Zamawiającego, prosimy o wykreślenie z załącznika nr 1a do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Opis przedmiotu zamówienia – formularz asortymentowo-cenowy następującego zapisu (wszędzie tam gdzie występuje):

„obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanego przez NFZ”

Cena współczynnikowa (współczynnik korygujący) ustalany jest w drodze Zarządzenia Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, które wydawane są na podstawie Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i mają charakter wyłącznie wewnętrzny, konkretyzujący obowiązki Prezesa NFZ w zakresie realizacji programów lekowych, co oznacza, że jedynym ich adresatem są świadczeniodawcy (w tym zamawiający) zawierający umowę z konkretnym oddziałem wojewódzkim NFZ o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Wykonawcy w żadnym razie nie są stroną ani adresatem tego typu zarządzeń, tak więc zarządzenia te nie mogą stanowić dla Wykonawców źródła jakiegokolwiek zobowiązania. Zamawiający nie może na podstawie zarządzeń Prezesa NFZ, których aktualna treść często nie jest znana w momencie sporządzania oferty, przetrzucać na Wykonawców obowiązku dostosowania ceny sprzedaży produktów leczniczych w taki sposób, aby Zamawiający mógł skorzystać ze współczynnika korygującego.

Wykonawcy zabezpieczając odpowiednią ilość produktów nie są w stanie każdorazowo dostosowywać ceny do zarządzenia Prezesa NFZ, w szczególności wtedy, gdy nie są producentami oferowanych leków i podmiotem kreującym cenę zbytu. Takie podmioty jak hurtownie farmaceutyczne, których polityka cenowa jest zależna od cen jakie narzuca im producent, w sytuacji uwzględnienia zapisów w SIWZ jak wyżej zmuszone będą do nieuprawnionego zaniżania cen, stosowania dumpingu i ponoszenia strat finansowych.

W związku z powyższym prosimy o wykreślenie kwestionowanego zapisu. Zapis o tożsamym znaczeniu dla Wykonawców był przedmiotem odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej i KIO nakazała Zamawiającemu usunąć te zapisy z SIWZ i wszystkich załączników, które ten zapis zawierały (por. sygn. akt. 1382/19 do postępowania nr PN/47/19 prowadzonego przez Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. św. Jana Pawła II Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Medyków 16, 40-752 Katowice).

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 4:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu dotyczące dostaw na „cito” w zakresie części 3.

(paragraf 3 pkt 1 ppkt 2)? Podanie leków opisanych w w/w częściach zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania wskazanego leku w trybie „cito”.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza brak dostaw „w trybie na ratunek-cito” dla asortymentu znajdującego się w Części nr 3.

Pytanie nr 5:

Wykonawca prosi o wyjaśnienie czy Zamawiający będzie przyjmował faktury w formie pdf wysyłanych za pośrednictwem e-maila.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że wyraża zgodę. Adres e-mail: faktury@szpital.slupsk.pl

Pytanie nr 6:

Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wyjaśnienie paragraf 3 pkt 1 ppkt 2 dla części nr 3.

Z uwagi na to iż wykonawca pracuje tylko w dni od poniedziałku do piątku, prosimy o usunięcie zapisu dot. zamówień w weekendy i święta. Zamówienie leku w części nr 3 zawsze poprzedzone jest diagnostyką i nie ma konieczności zamawiania go w trybie „na cito”

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza brak dostaw „w trybie na ratunek-cito” dla asortymentu znajdującego się w Części nr 3.

Pytanie nr 7:

część 36

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przedstawienie oferty na leki w innych niż przedstawiono w SIWZ wielkościach opakowań, z zachowaniem odpowiedniego przeliczenia wycenianej ilości:

Pozycja 1 – proponujemy opakowanie 84 tabl. zamiast 28 tabl.

Jak należałoby dokonać przeliczenia: pozostawiając 2 miejsca po przecinku czy też zaokrąglając w górę/ dół do pełnego opakowania.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza. Należy podać pełne ilości opakowań zaokrąglone w górę.*

Pytanie nr 8:

1. Dotyczy wzoru umowy

Proszę o wyjaśnienie czy w razie wystąpienia braku statusu refundacyjnego leku, wstrzymania lub wycofania produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego oraz zaprzestania produkcji, skutkujących uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę towaru równoważnego/odpowiednika, Zamawiający dopuszcza rozwiązanie umowy za porozumieniem stron (bez naliczenia kar umownych) w zakresie w/w produktu z uwagi na niemożność spełnienia świadczenia zgodnie z przepisami KC?

Zaoferowanie produktu zamiennego jest możliwe tylko w sytuacji posiadania przez wykonawcę produktu leczniczego zamiennego danego producenta, do którego obrotu jest upoważniony na podstawie koncesji, jako hurtownia farmaceutyczna. Niemożliwy i niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa jest obrót produktami leczniczymi, na które wykonawca nie posiada koncesji.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.*

Pytanie nr 9:

2. Dotyczy § 3 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy – dostawy w na ratunek - cito

Z uwagi na fakt, że wymieniony produkt leczniczy w części nr 20 nie jest lekiem ratującym życie i nie wymaga dostaw na ratunek - cito w ciągu 12 godzin (również w niedziele i święta o każdej porze dnia i nocy) od chwili złożenia zamówienia, ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem, proszę o potwierdzenie, iż zapis § 3 ust. 1 pkt. 2) wzoru umowy w zakresie dostaw „w trybie na ratunek - cito” nie będzie miał zastosowania w stosunku do części nr 20.

Zapisy umowy i SIWZ w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków wprowadzają nieproporcjonalne ograniczenie w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza brak dostaw „w trybie na ratunek-cito” dla asortymentu znajdującego się w Części nr 20.*

Pytanie nr 10:

Pakiet 9 pozycja 1

Czy Zamawiający wymaga, aby produkt Metamizol w połączeniu ze wszystkimi preparatami tramadolu dostępnymi na rynku posiadał możliwość stosowania skojarzeniowego obu leków jednocześnie i mógł być podany przez pompę infuzyjną przez 24 godz? Zapis może być potwierdzony oświadczeniem producenta lub zapisem w ChPL.

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza.*

Pytanie nr 11:

Pakiet 16 pozycja 1

Czy Zamawiający wymaga aby Paracetamol 50 ml mógł być stosowany u noworodków urodzonych o czasie, niemowląt, małych dzieci i dzieci o masie ciała do 33 kg zgodnie z treścią ChPL?

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza.*

Pytanie nr 12:

Pakiet 30 pozycja 1

Czy zgodnie z treścią ChPL produktu Rocuronium Zamawiający wymaga, aby produkt mógł być przechowywany poza lodówką, w temperaturze poniżej 30°C do 12 tygodni?

Odp. Zamawiającego: *Zamawiający informuje, że dopuszcza.*

Pytanie nr 13:

Pakiet 29 pozycja 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie produktu w opakowaniu 5 ampulek?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że wyraża zgodę.

Pytanie nr 14:

Dotyczy § 3 ust. 1 punkt 2 umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie terminu dostaw "na cito" z 12 na 24 godziny. Wydłużenie terminu dostaw pozwoli na udział Wykonawców z różnych regionów, a tym samym zwiększy konkurencyjność?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 15:

Dotyczy § 8 ust. 3 punkt 9 umowy - Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie zapisu z uwagi, iż dotyczą one wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, na które Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną, co jest nadużyciem i narusza zasady współzycia społecznego.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 16:

Część II SWZ – Projekt umowy

1. Czy Zamawiający w par. 1.5 zamiast obowiązku wprowadzi prawo do dostarczenia zamiennika? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 17:

Część II SWZ – Projekt umowy

2. Czy Zamawiający w par. 3.7 zniesie obowiązek dostarczenia zamiennika lub dokonania zakupu u innego dostawcy? Wykonawca oferuje towary wskazane w ofercie i tylko one są przedmiotem zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu. Zdefiniowanie przedmiotu zamówienia powoduje, że tylko co do niego strony zawierają umowę objętą obowiązkiem dostaw. Wykonawca nie jest w stanie zapewnić, że w każdym przypadku zaoferuje produkt zamienny, tym bardziej, że może się to wiązać z rażąco stratą po stronie Wykonawcy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 18:

Część II SWZ – Projekt umowy

3. Czy Zamawiający w par. 7.2 zamiast naliczania kar za godzinę, przyjmie naliczanie ich za dzień opóźnienia? Obecna zasada prowadzi do naliczania kar w kwotach rażąco wygórowanych.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 19:

Część II SWZ – Projekt umowy

4. Czy Zamawiający w par. 8.3.5 na końcu doda frazę: „Korekta cen w przypadku obniżenia cen urzędowych nie ma zastosowania, jeśli w ramach Umowy towar oferowany jest po cenie niższej”?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 20:

Część II SWZ – Projekt umowy

5. Czy Zamawiający w par. 8.3.11 zamiast 12 miesięcy wpisze termin 3 miesiące? Wykonawca nie może być związany ofertą przez okres dwukrotnie dłuższy, niż pierwotnie zakładany i nie może

zagwarantować, że będzie przez okres dwukrotnie dłuższy dostarczać towar na podstawie niezmienionej oferty składanej w niniejszym postępowaniu.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 21:

1. Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 7 ust. 2, 3, 4:

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto zamówionej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień (§ 3 ust 1 pkt 1) lub godzinę (w § 3 ust 1 pkt 2) zwłoki w dostawie, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej w terminie partii towaru.

3. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto wadliwej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto wadliwej partii towaru.

4. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 0,2% wartości brutto wadliwej partii towaru za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu reklamacji uznanej jako zasadnej w przypadku o którym mowa w § 5 ust. 6 i 7 niniejszej umowy, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto reklamowanej partii towaru.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 22:

2. Czy Zamawiający uzupełni projekt umowy o zapis, że na podstawie art. 106n ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług udziela Wykonawcy zgody na wystawianie i przysyłanie faktur, duplikatów faktur oraz ich korekt, a także not obciążeniowych i not korygujących w formacie pliku elektronicznego PDF na wskazany przez siebie adres poczty e-mail, ze wskazanych w umowie adresów poczty e-mail Wykonawcy?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że odpowiedni przepis znajduje się w §6 ust. 4 Części II Wzór umowy.

Pytanie nr 23:

Zwracamy się z zapytaniem, czy Zamawiający w Części 5 – Thalidomide 100mg x 30 tabl., wyrazi zgodę na zaoferowanie leku w postaci kapsułek.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 24:

1. Dotyczy Pakietu nr 1, poz. 1, 2, czy zamawiający dopuści wycenę postać tabl.powl.?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 25:

2. Dotyczy Pakietu nr 6, czy Zamawiający dopuści wycenę Lubragel, żel, sterylny, z lidokainą, 11 ml, 25 strzyk. W ilości 352 op?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 26:

3. Dotyczy Pakietu nr 23, poz. 3, 4, czy Zamawiający dopuści wycenę postać tabl.powl.?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 27:

4. Dotyczy pakietu nr 32, czy zamawiający dopuści wycenę Cerebrolysin, 215,2 mg/ml; 10 ml, roztw.do wstrz., infuz., 5 amp w ilości 420 op (lek nie posiada ceny urzędowej)

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 28:

5. Dotyczy pakietu nr 38 ,poz. 1, 2, czy zamawiający dopuści wycenę InfectoFos, 40 mg/ml, prosz.d/sp.roztw.d/inf., 2 g, oraz 4 g x 10 but.- odpowiednio do nr pozycji ?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 29:

6. Dotyczy pakietu nr 8 poz. 1. Czy Zamawiający wymaga preparatu zawierającego 10 fiolek cefuroxymu 50 mg i 10 jałowych igieł (18G x 1½”, 1,2 mm x 40 mm) z filtrem 5 mikronów (membrana kopolimeru akrylowego na nietkanym poliamidzie), zalecanych do użycia w celu przygotowania leku do podania dokomorowego w chirurgii zaćmy.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 30:

7. Dotyczy pakietu nr 10 poz. 1, 2. Czy ze względów terapeutycznych (leczenie inicjowane formą iniekcyjną kontynuowane jest u tego samego pacjenta formą doustną) należy wycenić preparat tego samego producenta (formę doustną i dożylną) aby zapewnić bezpieczeństwo pacjenta i by w praktyce istniała możliwość łączenia postaci? Czy zamawiający dopuszcza preparat Vinorelbiny zarejestrowany do leczenia niedrobnokomorkowego raka płuca wyłącznie w stopniu III i IV, bez rejestracji w stopniu IIB, co uniemożliwia zastosowanie w/w Vinorelbiny do leczenia adjuwantowego chorych z niedrobnokomórkowym rakiem płuca?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że dopuszcza.

Pytanie nr 31:

1. Do §7 ust. 2 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej w §7 ust. 2, w taki sposób aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto niedostarczonego towaru, za każdy dzień zwłoki w realizacji dostawy zwykłej oraz 0,02% wartości brutto niedostarczonego w terminie towaru za każdą godzinę późnienia w przypadku dostawy pilnej?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 32:

2. Do §7 ust. 3 i 4 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej §7 ust. 3 i 4, w taki sposób aby wynosiła ona 0,2% wartości brutto towaru, z którego dostawą Wykonawca pozostaje w zwłoce, obliczaną za każdy dzień zwłoki?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 33:

3. Do §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie postanowienia umownego wskazanego w §8 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy zgodnie z którym Zamawiający przewiduje zmianę umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy w przypadku obniżenia ceny leku do wysokości średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji stosowanych w programach lekowych i chemioterapii publikowanych przez NFZ?

Po pierwsze, wskazać należy, że postanowienie to dotyczy wewnętrznych zasad rozliczeń między świadczeniodawcami a NFZ, w tym w szczególności zasad korygowania wartości produktu rozliczeniowego lub świadczenia w weryfikację średniego kosztu rozliczenia wybranych substancji czynnych, na które to zasady Wykonawca nie ma wpływu i nie jest ich stroną. Zgodnie z par. 30 Zarządzenia nr 162/2020/DGL Prezesa NFZ z dnia 16 października 2020 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy lekowe (i odpowiednio par. 28 Zarządzenia nr 180/2019/DGL – to dyrektor oddziału NFZ monitoruje i weryfikuje średni koszt rozliczeń wybranych substancji czynnych i uwzględnia ww. weryfikację w stosunku do danego świadczeniodawcy. Ustalenia te są zatem wewnętrznymi uzgodnieniami Zamawiającego z NFZ, a Wykonawca nie jest ich adresatem i nie mogą one kształtować obowiązków wykonawców. W konsekwencji nieuzasadnione jest oczekiwanie od Wykonawcy, aby cena każdorazowo ulegała zmianie wskutek zmian ww. Zarządzeń czyli była warunkowana przepisami o charakterze wewnętrznym, których Wykonawca nie jest Stroną. Zasadniczym jest bowiem, iż zarządzenia te nie są źródłem prawa powszechnie obowiązującego Rzeczypospolitej Polskiej i wprowadzanie takich postanowień w umowie przetargowej i czynienie z nich zobowiązania Wykonawcy jest nieuprawnione i bezpodstawne. Zarządzenia Prezesa NFZ, które wprowadzają nowe zasady rozliczeń Świadczeniodawców z NFZ są bowiem aktami prawa wewnętrznego, na co wprost

wskazał Sąd Apelacyjny w Gliwicach w wyroku z dnia IV SA/GI 1151/17. Bezpodstawnym jest zatem wskazywanie jako wiążącego bezwzględnie wszystkich uczestników mechanizmu zmiany cen w oparciu o komunikaty NFZ ustalające lub zmieniające średnie koszty wybranych substancji czynnych w sytuacji gdy brak jest podstawy prawnej uprawniającej do tego (Wykonawców nie wiążą bowiem ani Rozporządzenie Ministra Zdrowia ani Zarządzenia Prezesa NFZ).

Po drugie, podkreślić należy, że tak określona klauzula jest także nadużyciem w rozumieniu art. 353(1) KC. – zarówno, iż nie tylko nie ma przepisu uprawniającego do stosowania cen maksymalnych, w dodatku o charakterze ruchomym, ale też narusza zasady współzycia społecznego. Niezgodnym bowiem z regułami uczciwości jest przerzucanie na Wykonawcę kosztów prowadzenia swojej własnej działalności niezwiązanej bezpośrednio ze świadczeniem Wykonawcy.

Po trzecie, nieuprawnione działania Zamawiającego wskazane powyżej wyczerpują także znamiona niedozwolonej klauzuli, o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem; 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny” – mając zaś na uwadze działania Zamawiającego polegające na wymaganiu zmiany ceny w oparciu o czynniki niezależne od Wykonawcy i wskazując na mechanizm, który jest wewnętrzną regulacją między Zamawiającym a NFZ wskazać należy, że zachodzi podstawa do uznania takich porozumień za nieważne, zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Ponadto działania Zamawiającego „przerzucającego” na Wykonawcę koszty prowadzenia swojej działalności można kwalifikować także jako nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym, które, zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów polega w szczególności na „bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów”.

Po czwarte, zmiana, o którą wnosi Wykonawca pozostaje zgodna z nową ustawą - Prawo Zamówień Publicznych, której naczelną zasadą jest zrównoważenie pozycji stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez zakaz kształtowania praw i obowiązków Zamawiającego i Wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyka związanego z jego realizacją.

Ewentualnie, jeśli Zamawiający nie wyrazi zgody na usunięcie §8 ust. 3 pkt 9) w całości z treści wzoru umowy, prosimy o dodanie na końcu słów: „... przy czym dokonane w ten sposób wypowiedzenie umowy nie będzie wiązało się dla Wykonawcy z żadnymi negatywnymi konsekwencjami finansowymi, w szczególności Zamawiający nie naliczy z tego tytułu kar umownych przewidzianych w §7 umowy.”.

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Pytanie nr 34:

4. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odp. Zamawiającego: Zamawiający wyjaśnia, że ww. przesłanki nie mają zastosowania.

Pytanie nr 35:

5. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego

- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia;

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

Odp. Zamawiającego: Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SWZ.

Powyższa informacja została zamieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 25.06.2021 r.

KIEROWNIK
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych

Piotr Feszak